

Sygn. akt: KIO 2971/24

WYROK

Warszawa, dnia 6 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Monika Banaszekiewicz

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Light On sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Darłowo

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ENLED PROJEKT sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Miasto Darłowo

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności odstąpienia niejawnej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 5 lipca 2024 r. wraz załącznikami złożonych przez wykonawcę ENLED PROJEKT sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Miasto Darłowo i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Light On sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Light On sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 338 zł 00 gr (trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Light On sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem

kosztów dojazdu i kwotę 17 zł 00 gr (siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Light On sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

2.2 zasądza od zamawiającego Gminy Miasto Darłowo na rzecz wykonawcy Light On sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 13 955 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę Light On sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 2971/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miasto Darłowo (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o

udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym w wariantcie bez negocjacji pn. „Modernizacja miejskiej infrastruktury oświetleniowej w Darłowie, poprzez wymianę opraw nieenergooszczędnych na energooszczędne typu LED” (numer referencyjny: ZP.271.21.2024 / GKM.7021.2.15.2024). Wartość zamówienia jest niższa, niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 czerwca 2024 r. pod nr 2024/BZP 00365032

Dnia 19 sierpnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie 513 pkt 1 i 2 w związku z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Light On sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp. Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzucał niezgodność z przepisami ustawy Pzp, to czynność uznania, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami przedstawione przez wykonawcę Enled Projekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (dalej: „Enled”) zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechanie czynności udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 74. ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami przedstawionych przez wykonawcę Enled, podczas gdy wykonawca Enled nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był udostępnić dokumenty Odwołującemu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym nakazanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień zaoferowanej ceny przedstawionych przez wykonawcę Enled;
- 3) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 10 000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej dnia 12 sierpnia 2024 r. zatem termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 19 sierpnia 2024 r.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że podstawową zasadą dotyczącą systemu zamówień publicznych, określoną w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, jest zasada jawności. Odwołujący wskazał, że Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast możliwość zastrzeżenia przez wykonawcę nieudostępnienia określonych informacji jest wyjątkiem od ogólnej zasady jawności i – jak każdy wyjątek – musi być interpretowany w sposób ścisły i bardzo ostrożny. Odwołujący podał, że konkretyzacją zasady jawności jest art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Dalej Odwołujący wskazał na § 5 ust. 2 i ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 18 grudnia 2020 r., art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Odwołujący zauważył, że żeby dana informacja nie została ujawniona, wykonawca musi dokonać dwóch czynności. Po pierwsze musi w odpowiednim terminie zastrzec, że informacje nie mogą zostać udostępnione. Po drugie, musi wykazać, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że w komentarzach podkreśla się, że aby skutecznie zastrzec informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest wystarczające samo zastrzeżenie, ale konieczne jest również

wykazanie spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Enled nie może zostać uznane za skuteczne z następujących powodów:

- 1) Zastrzeżenie jest lakoniczne oraz nie przedstawia żadnych konkretnych informacji.
- 2) Wykonawca Enled nie wykazał, żeby zastrzegane informacje miały wartość gospodarczą.
- 3) Wykonawca Enled nie wykazał, że podjął w stosunku do informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności.
- 4) Do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały dołączone żadne dowody.

- 5) Zastrzeżone zostały całe dokumenty, podczas gdy nawet gdyby część informacji stanowiłaby tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie ujawnione mogłyby zostać wyłącznie poszczególne informacje, a nie całe dokumenty. Świadczy to również zdaniem Odwołującego o braku zachowania należytej staranności w stosunku do informacji.

Odwołujący zauważył, że uzasadnienie przedłożone przez Przystępującego składa się z pięciu zdań, w których wykonawca Enled zawarł wyłącznie ogólne zapewnienia dotyczące spełnienia przesłanek koniecznych do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca ten przy tym w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego twierdzi, że dana przesłanka została przez niego spełniona.

Odwołujący podniósł, że zarówno wykonawca Enled w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i Zamawiający w odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udostępnienie dokumentacji, odnoszą się do tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem w obecnym brzmieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji art. 11 ust. 4 nie zawiera definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta jest w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Odwołujący zauważył, że zmiana została wprowadzona ustawą z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r. poz. 1637). Zmiana weszła w życie w dniu 4 września 2018 r., czyli blisko 6 lat temu. Odwołujący podkreślił, że zmiana z 2018 roku nie miała wyłącznie charakteru formalnego polegającego na przeniesieniu definicji z ustępu numer 4 do ustępu numer 2. W nowej definicji wyraźnie więc doprecyzowano między innymi: 1) Informacje muszą nie tylko być nieujawnione do wiadomości publicznej (jak to było określone w starej definicji), lecz jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji.

- 2) Nie mogą być również łatwo dostępne dla takich osób (w starej ustawie nie zostało to w ogóle poruszone).
- 3) Działania w celu utrzymania informacji w poufności muszą być podjęte przy zachowaniu należytej staranności (w starej ustawie brak było takiego doprecyzowania).

Odwołujący wskazał również, że wykonawca Enled nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wykonawca ten nie wskazał ani jednej konkretnej okoliczności – to znaczy, jakie konkretne, wymierne korzyści osiąga z faktu utrzymania informacji w poufności albo jakich konkretnych, wymiernych strat doznałby, gdyby informacje zostały ujawnione. Samo subiektywne przekonanie o wartości gospodarczej, bez podania konkretnych, mierzalnych i weryfikowalnych okoliczności nie jest wystarczające.

Odwołujący zauważył również, że Przystępujący nie wskazał na podjęcie jakichkolwiek działań wobec utajnionych informacji, które mogłyby prowadzić do utrzymania ich w poufności. Nie przedstawił również żadnego dowodu na to, że takie działania przeprowadził. Odwołujący wskazał także na brak dowodów na wykazanie przytaczanych w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa okoliczności oraz że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej tylko konkretne informacje mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a nie całe dokumenty.

Uzasadniając posiadanie interesu we wniesieniu środka odwoławczego Odwołujący wskazał, że poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Jednocześnie, gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Enled, to Odwołujący miałby możliwość zapoznania się z nimi, a w konsekwencji złożenia odwołania i podniesienia zarzutów zmierzających do odrzucenia oferty wykonawcy. Tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że poniósł szkodę.

Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska Przystępującego zaprezentowanego podczas rozprawy odnośnie braku po stronie Odwołującego interesu, o którym mowa w art. 505 ustawy Pzp. W ocenie Izby po stronie Odwołującego wystąpiły wszystkie trzy materialnoprawne przesłanki do wniesienia środka ochrony prawnej tj. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia (Odwołujący jest wykonawcą, który ubiega się o uzyskanie zamówienia), może on ponieść szkodę (potencjalny brak możliwości uzyskania zamówienia – utrata korzyści z realizacji zamówienia) oraz poniesiona szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp (naruszenie przepisów ustawy Pzp może doprowadzić do braku możliwości skutecznego zakwestionowania wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego). Co więcej Izba wskazuje na treść art. 525 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

„Czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z wyjątkiem przypadku zgłoszenia

sprzeciwu, o którym mowa w art. 523 ust. 1, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.”

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, który prawidłowo powiadomiony o terminie nie stawił się na posiedzeniu i rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, w złożonej odpowiedzi na odwołanie nie zakwestionował istnienia po stronie Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania, w związku z czym czynność Przystępującego nie może pozostawać w sprzeczności z oświadczeniem Zamawiającego w tym zakresie.

W dniu 30 sierpnia 2024 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosil o wnosil o:

- 1) oddalenie odwołania;
- 2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, według norm przepisanych.

W dniu 3 września 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo procesowe złożone przez Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania Odwołujący, którego oferta znajduje się na drugiej pozycji w rankingu ofert, będzie miał możliwość dokonania weryfikacji wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego oraz ewentualnego wniesienia odwołania odnośnie tego, czy Przystępujący poddał wykazaniu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska i dążenia do odrzucenia oferty Przystępującego, co w konsekwencji może doprowadzić do dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca ENLED PROJEKT sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim. Odwołujący podczas posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą zgłosił opozycję przeciw

przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że Enled nie wykazał w przystąpieniu, że posiada interes w przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego. Izba nie uwzględniła opozycji wskazując na treść art. 526 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego: „Izba uwzględni opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję.” Izba wskazuje, że Odwołujący nie uprawdopodobnił, że wykonawca Enled nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, a jedynie wskazał na to, że ten interes nie został właściwie wskazany w przystąpieniu do postępowania odwoławczego. Odnosząc się do argumentacji podniesionej przez Odwołującego Izba wskazuje, że odwołanie złożone przez Odwołującego ma na celu uzyskanie dostępu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Enled. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, Odwołujący w oparciu o uzyskane informacje może złożyć kolejne odwołanie, w którego efekcie oferta złożona przez wykonawcę Enled może zostać odrzucona. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Enled do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego (dalej również: „Przystępujący”).

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego w dniu 30 sierpnia 2024 r., pisma procesowego złożonego przez Odwołującego dnia 3 września 2024 r. oraz oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Enled zawierającego jego stanowisko w sprawie.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w całości należało uwzględnić.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym w wariantcie bez negocjacji pn. „Modernizacja miejskiej infrastruktury oświetleniowej w Darłowie, poprzez wymianę opraw nieenergooszczędnych na energooszczędne typu LED”. W postępowaniu zostały złożone dwie niepodlegające odrzuceniu oferty – oferta Odwołującego oraz Przystępującego. Oferty 6 wykonawców zostały odrzucone. W dniu 3 lipca 2024 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że w złożonej w dniu 28 czerwca 2024r. ofercie w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym o udzielenie zamówienia publicznego na „Modernizacja miejskiej infrastruktury oświetleniowej w Darłowie, poprzez

wymianę opraw nieenergooszczędnych na energooszczędne typu LED” wykonawca Enled zaproponował cenę brutto za realizację zamówienia w wysokości 887.105,52 zł. Zamawiający wskazał, że ustalił – przed wszczęciem postępowania - wartość zamówienia powiększoną o należyty podatek w wysokości 1.387.000,00 zł. Zatem zaoferowana przez wykonawcę Enled cena jest niższa o 36,04 % od wartości zamówienia.

W dniu 5 lipca 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, jednocześnie oświadczając, że zgodnie z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. wyjaśnienie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożone przez niego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa bowiem są informacją o charakterze technicznym, technologicznym i organizacyjnym, które w całości powstały wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne. Kalkulacja cenowa złożona przez wykonawcę Enled i oferta dostawcy powstały wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania.

W dniu 12 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Przystępującego. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert.

W dniu 12 sierpnia 2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie oferty Przystępującego wraz z całą korespondencją prowadzoną z tym wykonawcą.

W dniu 13 sierpnia 2024 r. Zmawiający udzielił odpowiedzi Odwołującemu wskazując, że: „Wykonawca zastrzegł w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny, iż informacje w niej zawarte oraz załączone załączniki stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Pomimo udzielonej odpowiedzi Zamawiający udostępnił Odwołującemu wyciąg z odpowiedzi wykonawcy Enled w sprawie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wyciąg składał się ze wstępu do wyjaśnień, w którym wykonawca Enled oświadczył, że w celu złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedkłada wyjaśnienia poparte kalkulacją wraz z dowodami oraz z krótkiego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.

Rozpoznanie sprawy przez Izbę dotyczyło tego, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami przedstawionych przez wykonawcę Enled, a tym samym tego, czy wykonawca Enled wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający nie był zobowiązany do udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że:

Zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.:

„Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.” Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp:

„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.”. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 3 lipca 2024 r. wezwał wykonawcę Enled do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W dniu 5 lipca 2024 r. wykonawca Enled przedłożył Zamawiającemu odpowiedź wykonawcy w sprawie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawca ten na końcu odpowiedzi zawarł oświadczenie, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba wskazuje, że zasadą jest jawność postępowania. Wykonawca ma możliwość zastrzeżenia informacji, które są dla niego niezwykle istotne, cenne i odnoszą się do potencjału tego wykonawcy. Musi on jednak wykazać łączne spełnienie trzech przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. W przedmiotowej sprawie wykonawca Enled w uzasadnieniu zastrzeżenia ograniczył się do powołania poszczególnych przesłanek, nie odnosząc ich do informacji, które mają być zastrzegane. Wykonawca ten nie wskazał, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżeniem objął całe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami. Izba wskazuje, że nie wykazał on również, na czym polega wartość gospodarcza zastrzeganych informacji. Ograniczył się wyłącznie do gołosłownego stwierdzenia, że mają one istotną wartość gospodarczą. Nie wykazał jednak w czym tej wartości upatruje. Dla skutecznego zastrzeżenia informacji niezbędne jest również wykazanie, jakie działania podjął wykonawca w celu zachowania ich w poufności. Enled w ogóle nie wskazał jakie działania zostały przez niego podjęte.

Izba zauważa, że Przystępujący podjął próbę wykazania poszczególnych przesłanek dopiero w zgłoszeniu przystąpienia. Należy jednak zwrócić uwagę, że argumentacja ta powinna znaleźć się w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i zostać przekazana Zamawiającemu wraz z przekazaniem zastrzeganych informacji. Izba wskazuje jednocześnie, że obowiązek wykazania, jak wynika z orzecznictwa KIO i Sądu Okręgowego w Warszawie, jest zbliżony do obowiązku udowodnienia. Wykazaniem nie będzie w związku z tym samo

oświadczenie czy zapewnienie wykonawcy o spełnieniu przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w stosunku do zastrzeganych informacji, jak to ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że Zamawiający błędnie uznał, że Przystępujący dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji, a właściwie całych dokumentów. Zauważyć należy, że obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z ustawy Pzp jest dokonanie oceny, czy wykonawca skutecznie zastrzegł informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Ocenie powinno podlegać uzasadnienie sporządzone przez wykonawcę, a nie same informacje, których dotyczy zastrzeżenie, jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający. To uzasadnienie przesądza o tym, czy dane informacje mogą być niejawne. W przedmiotowej sprawie Przystępujący nie sprostował obowiązkowi wykazania, że zastrzegane wyjaśnienia wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedłożone przez niego uzasadnienie nie odnosi się do poszczególnych przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poza ich wymienieniem. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów mających potwierdzać, że złożone przez niego wyjaśnienia wraz z załącznikami powinny być niejawne.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie wobec czego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a), b) i d) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30

grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodnicząca: .....